✠

POR D. IOSEPH ALCARAZ DE LA FVENTE, REGIdor perpetuo de la villa de Motril.

CON CHRISTOVAL Moreno, vezino y Regidor de la dicha villa.



DON Ioſeph de Alcaraz, en virtud de el pacto y condicion con que en dos de Abril de ſeyſcientos y treynta y ſeys, vẽdio a Chriſtoual Moreno vna haza de cañas dulces en el pago alto de Lobras: de que ſi dentro de diez años voluieſſe la cantidad del precio, la auia de recebir el dicho Chriſtoual Moreno, y dar por ninguna la venta: haze requerimiento extrajudicial ante eſcriuano y teſtigos en ocho de Agoſto de ſeyſcientos y quarenta y dos, reciba los ocho mil ſeyſcientos y nouenta y dos reales que reci-

bio de las tierras: y el mismo dia por auerse escusado de el recibo, se prouee auto por la justicia de dicha villa de pedimento de don Ioseph, en que se manda se notifique al dicho Christoual Moreno cumpla con el tenor de la escritura de venta, y reciba la cantidad dentro de el dia de la notificació, con aperceuimiento que se pondrà en el depositario general por su cuenta y riesgo, y responde a la notificacion, que se acuda a el Licenciado Iuan de Villate su yerno, Relator en esta Corte, porque en el tiene traspassadas las tierras por auerlas comprado para el, cosa que ni se ha verificado, ni se ha mostrado parte el Licenciado Villate. En nueue de Agosto de pedimento de el dicho don Ioseph de Alcaraz se manda depositar la cantidad en el depositario general por quenta y riesgo de Christoual Moreno, y que se le haga notorio para que le pare el perjuyzio que huuiere lugar, y a la notificacion que se haze el mismo dia, no se responde cosa alguna, y este mismo dia se haze el deposito, como consta de la cedula de deposito; despues el dia siguiente diez de Agosto dize don Ioseph por su peticion tiene hecho el dicho deposito, y que ha tomado entera razon de las cantidades de marauedis que tiene recibidas a demas de lo que al tiempo de la venta se le entregò, que todo monta diez mil dozientos y sesenta y dos reales, para cuyo cumplimiento faltan por depositar mil y quinientos y ochenta reales que quiere depositar con lo demas, pide se mande assi, y se manda como se pide, y que se traygа la cedula, y se ponga con los autos, y en esta conformidad se haze el deposito del resto el dicho dia diez, como consta de la segunda cedula del depositario general, en que tambien se refiere la primera, y que entregandole esta original con mandamiento de la justicia darà los dichos diez mil dozientos y sesenta y dos reales: este mismo dia diez de Agosto se haze notorio a Christoual Moreno todo el deposito por entero, y el escriuano dà fee que la cedula de deposito pa-

ra en su poder, y no se responde cosa alguna, ni se apela por el dicho Christoual Moreno, antes el dia siguiente onze de Agosto parece a prueua y ratifica todo lo proueydo y actuado, pues por su peticion pide llanamẽte se le entregue la cedula original del deposito cõ mandamiẽto para que el depositario le entregue la cantidad, a lo qual responde de que ya don Ioseph tenia cumplido por su parte, y Christoual Moreno no queria cumplir por la suya con entregar los titulos de las tierras que ya en virtud de su allanamiento no podia escusar, se mandò por la justicia cumpliesse lo que le estaua mandado, entregando dichos titulos a dõ Ioseph, y que fecho se lleuassen los autos para proueer justicia, y insistiendo don Ioseph en el apremio por otras peticiones, se proueyo auto el dia diez y seys de Agosto, mandando se pusiesse vna guarda a Christoual Moreno hasta que entregasse los titulos, y que auiendo cumplido se le entregassen los marauedis depositados, y que para ello se le diesse la cedula original con mandamiento, y se le notifica esse auto el mismo dia, y tampoco responde cosa alguna, y vltimamente el dia diez y ocho de Agosto se proueyò auto llanamente para que se le entregassen los marauedis del deposito, y que para ello se le diesse la cedula con mandamiento: notificasele este auto en veynte de Agosto, y apela de el sin que sobre todo lo actuado aya otra apelacion. Y es de aduertir que la presentacion en grado de apelacion fue en catorze de Agosto, seys dias antes de la notificacion deste auto de que tiene apelado, y la prouision compulsoria despachada en su virtud es del dia diez y nueue de Agosto, vn dia antes de dicha notificacion, sin que se halle proueyda la peticion original que se presentò en grado de apelacion el dicho dia catorze, en que assimismo se deduzen mejoras de dozientos ducados que dize auer fecho en las dichas tierras, y [illegible] tambien [illegible] fazer el mas valor que refiere auer dado el tiempo a la dicha heredad: y alega

ga tambien que el ofrecimiento y deposito fue en tiempo que la moneda estaua rumorada, y que fue antes de tiempo pretendiendo deuiera esperar dō Ioseph a que Christoual Moreno cogiesse y cortasse su fruto por ser de calidad que tan solamente acude de dos a dos años: y otras cosas que se yràn ajustando en el discurso deste papel.

Supuesto lo qual reduzirè esto informe a dos pũtos q̃ parece son los que abrazan el negocio. El primero serà, que el deposito fecho por dō Ioseph, en virtud de su pacto fue legitimo, y que assi Christoual Moreno ha de ser condenado en la restitucion de las tierras con la mitad del fruto pendiente, o a lo menos en la renta dellas, declarando auer corrido por su cuenta y riesgo el perjuyzio de la baxa de la moneda. El segundo punto serà que no deue satisfazer don Ioseph el mas valor que el tiẽpo, pudiesse auer dado a las tierras, ni los mejoramientos que se pretenden, y que no se verificā legitimamente, ni el mas valor de el tiempo, ni los mejoros.

1 ¶ La propria naturaleza del pacto de retrouendendo (como de la misma voz se manifiesta) es, q̃ restituydo el precio por el vendedor se le otorgue reuenta de la cosa vendida por el retro comprador, vt docebat in facti specie Corneus, cons. 346. num 27. volum. 1. Thom. Giāmatic. decis. 76. numer 2. Morla, in emporio iur. part. 1. tit. 9. de contrah. empt. quæst. 14. num. 12. porque dizen es imposible que en virtud de tal pacto retroceda, y se transfiera el domino en el vendedor, si no es celebrandose nueuo contrato de venta, y nueua tradiciō, Paulus de Castro, in l. si à te 7. C. de pact. inter. emptor. & venditor. num. 3. ibi: *Sed si apponat pactum de retro vendendo, non sic reuertitur, sed requiritur nouus contractus, & noua traditio*, in qua aceptione aloquitur text. in l. 5. de lege cōmissoria, ibi: *Sed si fundus reuenisset*, text. in l. Iulianus 37. ff. de bonis libertor. ibi: *Reuendiderit filiũ eius*, Et ibi: *Quia filium reuendendo.*

Y como

2 ¶ Y como en este caso no se pacciono reuenta, si no resolucion del primero contrato de vẽta, *para que restituydo el precio huuiesse de ser ninguna como si no se huuiera otorgado*, ocasiona a justar si hemos de discurrir en este negocio como en pacto de retro vendendo, directis verbis concepto (pues el obliquo no conuiene ni frissa con lo paccionado, que es del que algunos doctores quierẽ que hable la l. 2. C. de pact. inter empt. ibi: *Fundus restitueretur*, y la l. 42. tit. 5. part. 5. ibi: *Fuesse tenudo de tornale aquella cosa*, o si hemos de tener este pacto por de la l. commissoria que se exemplifica y con naturaliza, ex tot. tit. eod. & speciat in per leg. 2. & l. fin. ff. de lege commiss. o por pacto addictionis in diem, ex l. 1. & per tot. ff. de in diem addictione, vbi exemplificatur, & in l. si quis hac lege 41. ff. de rei vendicat. & ex hornat pulcre pro multis, Dom. Præs. Couarr. lib. 3. variar. cap. 8. a nu. 1.

3 ¶ Y aunque muchos doctores confunden con el pacto de retro vendendo las palabras de este caso que no son de reuenta, si no de resolucion, sic referẽte Morla, dict. part. 1. tit. 9. quæst. 14. num. 11. ibi: *Vt si dictum sit res sit in empta, vel habeatur contractus pro in fecto, vel discedatur ab emptione*, ad quod vt ipse ad vertit solet expediri text. in l. si ate 7. C. de pact. inter emptor. ibi: *Vt si intra certum tempus soluta fuerit, data quantitas, sit res in empta*, & est de mẽte imo, & de literali sensu, Dom. Præsid. Couarr. dict. cap. 8. num. 2. in princip. ibi: *Si dictum fuerit, quod oblato pretio emptori à venditore, sit res in empta, &c.*

4 ¶ Todavia in punto iuris parece que la condicion y clausula de que se vale don Ioseph, incide en el pacto de la l. commissoria, o adictionis in diem, respeto de que como resuelue y pondera Morla, vbi proximè, dict. tit. 9. quæst. 14. numer. 12. circa finem, *illa verba res sit in empta, directo repugnant naturæ pacti de retro vendendo, & potius conueniunt pacto legis commissoriæ, & pacto de in diem addictione*: y en esta conformidad considerò tambien el

pũto Paulo de Caſtro, in dict. l. ſi ate 7. C. de pact. inter emptor. donde hablãdo de el pacto de aquella ley que es reſolutiuo, vt ſupra num. proximo, dize eſtas palabras: *Sed etiam voleuat, quod venditio inteligeretur reſoluta, quia erant poſita verba reſonantia in pactum legis commiſſoriæ, quia fuit dictum, quod res eſſet in empta.* Y deſpues auiendo conſiderado con Magiſterio vnos y otros fundamentos, proſigue con eſtas palabras à num. 3. *Nota quod ſicut dicitur pactum legis commiſſoriæ quando agitur, vt non ſoluto precio per emptorem res ſit in empta, vt in toto, tit. de lege commiſſoria, ita & dicitur quando agitur, vt reſtituto precio, per venditorem res ſit in empta:* Et dicit perpetuo menti tenendum, y encomienda al vendedor ſea cauto en vſar de eſtas palabras reſolutiuas del contrato, y no de las propias de la retro vendiciõ, porque le ſeràn mas vtiles, reſpeto de que *reſoluto contractu* (vt quit) *per oblationem, conſignationem, & depoſitum pretij reuertitur ad eum dominium ex miniſterio legis commmiſſoriæ*: y ſi vſaſſe de las otras no bolueria, ni retrocederia el dominio ſi no es con nueuo contrato de reuenta, y nueua tradicio n, vt ſupra numer. 1.

5 ¶ Y eſta parece verdad llana in punto iuris, y por tal la aclama Morla, dict. tit. 9 quæſt. 14. num. 12. alabando a Paulo de Caſtro, y reprehediendo la comun confuſion de los doctores que por la conexion de los pactos referidos quieren hazer vn cuerpo, y compueſto de todos ellos perturuando la propriedad de vnos y otros. Y eſta cõcluſion parece ſe ajuſta tambien, ex eo quod Dom. Præſ. Couarr. docet, dict. lib. 3. variar. cap. 8. num 1. donde tratãdo de la propiedad de los pactos de la l. commiſſoria, & addictionis in diẽ, dize que para que lo ſean no ſon de forma las palabras que por los iure conſultos ſe les aſsignan de que *ſi intra certum tempus ab emptore pretium nõ ſoluatur, vel alius meliorem conditionem atulerit ſit res in empta*: ſino que baſtan qualeſquiet palabras que importen reſolucion del cõtrato ipſo iure, & directo, ibi: *Qualia*

lia sunt hæc, habeatur contractus pro infecto, &c. Y assi siendo como es cierto que el pacto de este pleyto se concibio con palabras resolutiuas de la venta, consiguientemente se ajusta ayan de pertenecer a la ley commissoria.

6 ¶ Pero supuesto que, o sea pacto de retro vendẽdo, o de la ley commissoria, vel addictionis in diem, todo es en fauor de don Ioseph, y vna misma cosa en quanto ha que aya de quedar por suya la cosa vendida, y tan solamente ay diferencia en que sea por resolucion del contrato, o por nueua venta y tradicion: y en las consequencias q̃ de este principio emanan, de que nos valdremos quando el discurso lo requiera: y por otra parte se dan tanto la mano vnos y otros titulos que por ello casi los confunden los doctores; y en el pacto legis commissoriæ no dexan de concurrir las disposiciones de el pacto de retro vendendo, porque solo lo que los diferencia es ser mas priuilegiado el primero en su resolucion, vt ex vtriusque natura in memoriam reuocata erit indubitauile.

Son claros los fundamentos de don Ioseph, vt crassa aloquamur mineruà, para mas facil expedicion del negocio: porque ademas de assistirle ambos titulos de lege commissoria, & de indiem addictione, le assiste tambien todo el titulo, C. de pact. inter emptor. y en particular por su claridad las palabras del Emperador Alexãd. in l. 2. eod. ibi: *Si fundũ parẽtes tui ea lege vẽdiderunt, vt siue ipsi siue hæredes eorum emptori pretium quãdo cũque, vel intra certa tẽpora obtulissent restitueretur; vt cõtractus fides seruetur, actio prescriptis verbis; vel ex vendito tibi dauitur hauita ratione eorumque post oblatã quantitatem, ex eo fundo ad aduersarium peruenerunt*, text. etiam, & iure Regio, in l. 42. tit. 5. part. 5. ibi: *Por cierto precio vendiendo alguna cosa; poniendo tal pleyto entre si en la vendida que quando quier que el vendedor, o sus herederos tornassen el precio al comprador fuesse tenudo de tornarle aquella cosa, dezimos que tal pleyto deue ser guardado, e es tenudo de tornar la cosa en todas guisas al vendedor*

con

con todos los daños, e menos cabos que le vinieron, porque non la tornò.

7 ¶ Dexo aora que estos textos hablen, o no en el pacto de retrouẽdendo directe concepto, o en el obliquo, *de restituenda re empta eodem precio restituto emptori*, porque esta diferencia, ni es de nuestro caso, ni sus consequencias inferẽ cosa prejudicial, ademas de que el señor Presidente, Couarr. vbi proxime, nu. 2. vers. *Nec tamen probatur*, y Pichardo, in § actionum 28. in ordine, quæst. 8. num. 16. Inst. de act. y muchos que ellos refieren, y junta Hermosilla, in addit. ad gloss. 1. dictæ legis 42. num. 2. lleuan y resueluen que estos textos hablan en el pacto directo, y no es la mas comun opinion no auer diferencia entre el pacto reuendi, & restituendi, rem venditam, como con razones viuas lo defienden Pinelo, in l. 2. C. de resc. vendit. 2. part. cap. 3. à num 27. & 28. Petra de fideicommissis, quæst. 8. num. 197. Mantica, de tacitis, & ambig. lib. 4. tit. 31. num. 3. Pereyra, in l. si curatorem super verbo sua facilitate, num. 58. C. de in integrum rest. Y assistiẽdo a esta parte la disposicion de las leyes referidas, verificada que sea su calidad, de que don Ioseph de Alcaraz, *intra certa tempora pretium obtulisset imo, & deposuisset forma legitima*, vendrà a inferirse cierta la consequencia de la l. 2. de que contr. actus fides seruetur hauita ratione eorum quæ post oblatam quantitatem ex eo fundo ad aduersarium peruenerunt.

8 ¶ Vrgeamus ergo latius, & minorem comprobemus, el ofrecimiento y requerimiento extrajudicial de don Ioseph, para que Christoual Moreno recibiesse la cantidad, es cierto que fue intra tempora statuta, de los diez años porcionados, porque la venta fue en dos de Abril de seyscientos y treynta y seys, y el ofrecimiento fue en ocho de Agosto del año passado seyscietos y quarenta y dos, y el deposito el dia siguiente nueue de Agosto: sin que a esto pueda impedir dezirse de

contra-

contrario que estas tierras son de calidad que tan solamente frutifican de dos a dos años, y que a la sazon tenia el fruto pendiente el comprador que se auia de cortar por Março deste presente año, y que assi no era visto auer llegado el plazo, y por consiguiente auer sido intempestiuo el ofrecimiẽto y deposito: porque se satisfaze, que la propiedad de la dicion *intra*, trae de suyo que la persona en cuyo fauor se puso tenga libre todo el intermedio para vsar de su derecho, l. 1. §. si intra cẽtesimum de success. edicto, ibi: *Ita intelligendum est, vt & ipso die centessimo peti possit*, l. 2. §. si primus, ff. de bonor. poss. secũdũ tabi. ibi: *Si intra decẽ, si post decẽ*, l. siquis sic dixerit 133. de verb. sig. ibi: *Vt intra diẽ mortis* elegans argum. text. in l. ex facto 43. §. itẽ quæro, ff. de vulg. & pup. ibi: *Si intra decimum annum, respondi omne quidem spatium liberum esse*, cũ alijs congestis à Tiraq. de retractu. lign. §. 1. gloss. 11. num. 71. & hisque cumulat in terminis pacti de retrouendendo, & dictionis intra idem Tiraq. de retractu conuent. §. 1. gloss. 2. numer. 67. & 68. vt enim scribit Aull. Gell. noct. Attic. lib. 12. cap. 13. omne tempus, quod in termino clauditur intra esse recte dicitur.

9 ¶ Y se fortifica esta proposicion con q̃ en los pactos de retrouendendo es tan essencial la libertad de redimir en el vendedor, que si en el tiẽpo intermedio se le pusiera algun impedimẽto en el vso de su pacto, esto solo bastara para calificar de vsurario el contrato, iuxta text. bene intellectũ in cap. ad nostram 5. de empt. & vendit. ibi: *Domos, & olidas recepit titulo emptionis*. Et ibi: *Debitori promissit, quod quandocumque à septenio, vsque ad nouenium, daret quadraginta vncias tarenorum, &c.* Quẽ textum dum interpretatur Dom. Præs. Couar. libr. 3. variar. capit. 8. numer. 4. vers. *E contrario*, dize con otros muchos que cita, que la principal razon porque se tuuo por vsuario, aquel contrato, fue porque no se le dexò libre todo el tiempo al vendedor para redimir, sino *post septimum annum vsque ad nouenium*, pues esto supone certeza de hazer



 suyos

suyos los frutos el comprador, sin la contingencia de que el vendedor cada que le parezca le pueda quitar la possessiõ, que es lo que con esta tales pac tos, y de lo contrario no se entenderia celebrarse venta, si no empeño, y se deuieran computar los frutos en la suerte principal, vt non obscure michi probat illud, in l. moisis scriptum Leuitici, cap. 25. ibi: *Cõputabuntur fructus ex eo tempore quo vendidit, & quod relidquum est redet emptori*: y assi de ningun mo do se puede considerar por impedimiento legitimo el que el fruto estuuiesse pendiente, vt rectè in terminis dictionis *intra*, & dispositionis text. in d. cap. ad nostram considerauit etiam Tiraq. de retractu conuent. in prefat. num. 30. ibi: *Nam est in mera facultate venditoris, etiam crastino die redimere, nõ spetato alio tempore*, idem Tiraq. eod. tractatu, §. 1. gloss 2. à num. 67. cum sequentib. vbi numer. 71. agit de vera inteligencia text. in dict. cap. ad nostram.

10 ¶ Demas que aun ajustandonos mas a los terminos del fruto pendiente, es cierto que no cae en consideracion del derecho tal inconueniente, porque es tan ageno del derecho que el vẽ dedor para redimir aya de esperar aque el compra dor alce el fruto: que antes es fundadissima la doctrina de los doctores que dizen que si el vendedor redime pendiente el fruto le haze todo suyo sin q̃ el retro cõprador tẽga parte alguna en el excepto los gastos, vt docet Alexand. in l. qui Romæ in princ. ff. de verbor. oblig. Bald. cons. 383. lib. 4. Casan. in consuet. Burg. Rubr 5. §. 1. nu. 25. Tiraq de retract. cõuent. §. 5. gloss. 4. num. 6. 7. 8. Anton. Faber, de error. pragm. decàde 10. errore 2. Escobar de ratiot. comput. fin. à num. 5. & quinque fundamenta refert pro hac opinione Barbosa, in l. diuortio, 2. part. num. 71. ff. solut. matrim. vbi plures alios cumulat, & hanc in pũcto iuris veriorem affirmat Thesaur. decis. 65. à nu. 1.

11 ¶ Y quãdo in praxi queramos estar por la opiniõ mas suaue y venigna, y mas fauorable a Christo ual

C

ual Moreno hallaremos que no es dudable que en los terminos referidos se aya de hazer por mitad, diuision de los frutos pendientes entre el que redime, y el retro comprador, iuxta formã legis de diuisione 5. & legis diuortio 8. ff. solut. matrim. vt voluit Tiraq. dict. gloss. 4. num. 9. Minsinger. obseruat 50. & 70. centuria 6. Boerius, decis. 23. Dom. Molina, de ispan. primog. libr. 3. cap. 11. num. 9. Franc. Mar. decis. 57. 2. part. Mantica, de tacit. conuent. libr. 4. tit. 32 num. 102. & in praxi tenendam affirmat Rolan. consil. 27. num. 6. lib. 2. & contrariæ opinionis argumentis satisfacit Fachin. controuers. lib. 2. cap. 14. & in praxi tenendam, & memoriæ commẽdandam suadet Dom. Præs. Couarr. lib. 1. variar. cap. 15. num. 6. vers. *Contrariam*, & equiorem appellat Cancer. variar. 1. part. cap. 13. de empt. & vendit. num. 60 & humaniorem dicit, & communiorem, Escobar, vbi prox num. 7. & ita decisum fuisse testatur, Gratian. decis. Marc. 176. num. 5. Y pues el derecho concede al vendedor, o todo el fruto, o la mitad del, parece cierto no ser impedimento legitimo para el ofrecimiento y deposito de don Ioseph, que el fruto estuuiesse pendiente, ni constituyrse por ello en ser de intempestiuo, cõ que ajustado que el deposito fue en tiempo legitimo, solo nos restarà aueriguar si fue en la forma y con los requisitos necessarios, id quod sequencia prestabunt.

12 ¶ El primero requisito de el legitimo deposito es, que debe preceder la oblacion, l. 2. & l. acceptam, C. de vsur. l. si soluturus, ff de solut. l. Iulianus, §. offerri, ff. de act. empt. text. in §. venditæ Inst. de rerum diuis. text. in dict. l. 2. C. de pact. inter empt. cum vulgatis, y que en este caso precediesse la oblacion no es dudable, pues en ocho de Agosto de quarenta y dos, se hizo requerimiento extrajudicial a Christoual Moreno para que recibiesse los ocho mil seyscientos y nouenta y dos reales de las tierras: y luego el mismo dia se

le

le notificò tambien auto de la justicia, en esta razon, y despues el dia siguiente nueue se hizo el deposito.

13 ¶ Pero a esto se opone por Christoual Moreno en esta instancia de apelacion que el ofrecimiento, y primero deposito no fue de toda la cantidad, porque despues el dia diez siguente se hizo segundo deposito de otros mil quinientos y ochenta reales, cumplimiento a diez mil dozientos y setenta y dos reales, y que asi, ni el primero deposito fue formal de toda la cantidad, ni para el segundo huuo ofrecimiento, y por consiguiente que no pudo obrar liberacion, ad quod solet induci text. in l. quandiu. C. de distract. pignor. ibi: *Quandiu non est integra pecunia creditori numerata, etiā si pro parte maiori eam consequutus sit, &c.* text. in l. obsignatione, C. de solut. ibi: *Totius pecuniæ*, text. optimus, in l. 2. ibi: *Nam si vel modicum de sorte, vel vsuris, &c.* C. debitorem venditionem pign. impedire nō posse, cum multis relatis à Alex. Trentacinq. variarum resolut. lib. 3. tit. de solut. resolut. 22. num. 2. vers. *Vndecimo requiritur*, & à Carroc. de deposito, 2. part. quæst. 5. num. 9. Dom. Præses Couarr. libr. 1. variar. cap. 15. num. 7. & 10. Giurba, decis. 98. à num. 16. Rodrig. de annuis reddit. lib. 2. quæst. 15. numer. 76. per quos magna doctorū cumulatur cætus, quæ veluti ad vnum fasciculum reducitur à Hermosill. in addit. ad gloss. 4. l. 2. tit. 3. part. 5. num. 50.

14 ¶ Y supuesto que esta dificultad contiene dos miembros, se satisfaze a el primero, con que el deposito que desde su principio no fue integro, se puede redintegrar ex post facto, etiam lite pendente, vt probat text. in l. si rem 9. ff. de pignorat. act. & resoluunt. Paul. de Castr. cons. 166. volum. 1. Corn. cons. 82. num. 8. volum. 4. Graueta, cons. 331. nu. 20. Menoch. de arbitrar. in add. cas. 232. num. 47. Gratian. in add. decis. 274. num. 3. iunctis alijs pluribus, quæ in terminis retractus scripsit Giurba, decis. 77. num. 3. ibi:

Poterit

Poterit pendente iudicio deponere, & redintegrare: imò aun pendiente el pleyto en grado de apelacion se puede redintegrar el deposito, vt voluit Afflict. decis. 16. num. 5. Ruginel, de appellat. §. 10. gloss. 3. num. 16. Craueta, dict. consl. 331. num. 20. Y assi no parece de consideracion el escrupulo de q̃ el primero deposito no fuesse de toda la cantidad, quando el dia siguiente quedò redintegrado en todo y por todo, sin que se pueda considerar defecto de vn solo marauedi, pues a auerle, claro està que Christoual Moreno no se descuydaria de presentar las cartas de pago que en su fauor tiene otorgadas don Ioseph.

15 ¶ Ni tampoco se puede considerar auer auido defecto de oblacion en el resto del segundo deposito, porque el ofrecimiento de los ocho mil seyscientos y nouenta y dos reales que precedio a el primero, como de el requerimiento cõsta fue cõ expression de q̃ se queria boluer todo el precio de las tierras, y puesto que el dicho resto es precio dellas; se entiende tambien estar incluydo en el dicho ofrecimiento, y que la repugnancia de Christoual Moreno en no auer querido recibir en los principios el precio de las dichas tierras, cayò sobre todo, mayormente quando para ello se valio de escusa tan siniestra, como fue quererse hazer no parte con dezir las tenia traspassadas al Licenciado Iuan de Villate, con que no solo quiso escusarse de recebir aquella cantidad, si no impedir tambien otro qualquier ofrecimiento, y assi aun este impedimento y repugnancia seria bastante preparatorio para escusarse don Ioseph de hazer segundo ofrecimiento, dict. l. aceptam 19. C. de vsuris, ibi: *At si non suscipiant, consignatam in publico depone*, vt solet dici de defectu citationis, en que constando de la contumacia de el que ha de comparecer, se tiene por hecha la citacion, vt docet Abb. in cap. ex tuæ deuotionis 11. de Clericis, nõ residentib. nu. 12. Innocent. in cap. accusatione, de accusat. & probat text. in cap. quoniam 5. vt lite

non

non cõteſt. ibi: *Si contumax apparuerit is inquem fuit actio dirigenda,&c.* Franc. Marc. deciſ.400. delphin. num.14. Lancellot. de attent. part.2. cap.4. num.106. Stephan. Gracian. diſceptat. forenſ. cap.66. num.32. Tiraquel. de retra ctu lign. §. 1. gloſſ.10. num.9.

16 ¶ Probatur prætereà, porque quando el deudor no tiene obligacion de yr a caſa de el acreedor a hazer la paga, tampoco deue preceder ofrecimiento, y ſe cumple con depoſitar la cantidad, y hazer notorio el depoſito al acreedor, vt magiſtraliter reſoluit Trentacinq. variar. reſolut. lib.3. tit de ſolut. reſolut.22. n.2. verſ. *Tertio requiritur*, in fin. ibi: *Tunc debitor poteſt conſignare, & deponere pecuniam abſque alia præcedenti oblatione, ſed demum facto depoſito, ei illud notificare, & conſequenter depoſitũ periuit periculo creditoris, & non debitoris*, relo uit etiam Hermoſilla, in addit. ad gloſſ.4. l.2. tit.3. part.5. num.36. porque como dize Trentacinq. dict. num.2 no ay mas razon para el requiſito de el ofrecimiento que auer, o no auer obligacion de yr a hazer la paga a caſa del acreedor. Y ſupueſto que Chriſtoual Moreno reſpõdio al primero ofrecimiento, que no era parte, y que ſe acudieſſe a el dicho Licenciado Iuan de Villate: era rigor que don Ioſeph huuieſſe de tener obligacion de venir a eſta ciudad a hazer nueuo ofrecimiento, quando en los terminos de el pacto de retrouendendo, aun abſolutamente, ceſſa la obligacion del ofrecimiẽto, ſino es que expreſſamẽte ſe paccionaſe, vt pulchre cõſideràuit Steph. Bertran conſ.68. vo um. 3. priori part. in addit. ad dictum conſ. numer.6. ibi: *Pro eo quia non videtur mihi, quod oblatio fuerit neceſſaria*, Tiraq. de retractu cõuentionali, §. 4. gloſ. 3. in princip. ibi: *Sed hoc intelligit quando quis premiſit reuendere ſub conditione, ſi venditor obtulerit pretium, ſecus ſi ſimpliciter fuerit promiſſum de reuendendo pro eodem pretio, nam tunc non eſt neceſſaria oblatio.*

17 ¶ Y la l.2. C. de pact. inter emptor. que parece que eſtà requiriendo oblaciõ, ella miſ-

ma eſtà dictando auer auido pacto expreſſo en quã to al ofrecimiento, ibi: *Ea lege vendiderunt, vt quandocumque, vel intra certa tempora pretium obtuliſſent, &c.* Demas que la miſma ley expreſſa, que aun a la oblacion ſe ſatisfaze con eſtar prompto a la paga del precio el comprador, ibi: *Teque parato ſatiſfacere conditioni dictæ, vt contractus fides ſeruetur actio tibi dabitur*, fuit etiam in terminis retractus text. in cap. conſtitutus 8. de reſt. in integr. ibi: *Pretium ſint offerre parati*, l. ſi debitori 21. ff. de iudic. ibi: *Paratumque dicat ſoluere*, l. de die 8. §. planè, ff. qui ſatiſdare cogantur, ibi: *Paratumque ſe dicat in municipio cabere*, l. fundus 9. ff. de reſc. vendition. ibi: *Profeſſus eſſet paratum ſe eſſe vectigal exoluere*, & ita per hæc iura inquit Ancharr. in dict. cap. conſtitutus, num. 11. que quien trata de el derecho de retracto, cumple con eſtar prompto a pagar el precio: id quod etiam notabit Tiraq. de retr. lign. §. 1. gloſſ. 17. num. 8. voluit Immola in l. ſi dubitetur in princ. & ibi Paul. de Caſtr. colum. 1. ff. de fideiuſſ. dicit notabile Alex. in l. 4. §. Prætor ait, ff. de re iud. Bald. in dict. l. fundus in prin. ff de reſcind. vend. Feder. Senenſ. conſ. 22. incipit an vſurario, colum. pen. Ioan. Andr. in cap. vt circa, ſuper verbo, *præſtito*, de elect. lib. 6. dummodo, vt inquit Tiraq. vbi prox. *ſoluat ante condemnationẽ ille qui ſoluere paratus eſt*: lo qual procede con mas fundamento en el pacto de retrouendendo, en que aun ſin ofrecer el vendedor la cantidad, puede ſalir ſentencia ſubconditione ſi ſoluat, vt per text. in l. 4. §. illud, ff. de fideicom. libert. notat Bart. in Auth. hoc amplius, C. de fideicom. Tiraq. de retract. conuent. §. 4. gloſſ. 6. num. 13. Paulus de Caſtro, conſ. 166. volum. 1. Giurba, dict. deciſ. 77. num. 3. ibi: *Pro retrahente poteſt ferri ſententia ſubconditione ſi ſoluat*, ad quod etiam cõducit illud, Anton. Fabri, in ſuo C. Fabriano, lib. 4. tit. 36. de pact. inter empt. & vendit. definit. 17. que quiere que pueda el vendedor intentar ſu accion de retrouendendo, aun ſin hazer depoſito del precio.

Y ſupueſto q̃ la promptitud de don Ioſeph en pagar

gar el precio fue tal, que luego hizo deposito de toda la cantidad, y hizo notorio a Christoual Moreno el dicho deposito, parece corriẽte auer cumplido de su parte super abundantemente con su obligacion.

18 ¶ Pero lo q̃ en mi sentir no tiene respuesta es, que auiendose hecho notorio por entero vno y otro deposito el mismo dia diez, tampoco se apelò, ni dixo cosa alguna en cõtra por Christoual Moreno, antes quedò consentido el dicho deposito, y aprouado y ratificado lo actuado mediante la peticion por el presentada el dia siguiente onze de Agosto, por la qual llanamente pide la cedula original, y mandamiento para que el depositario le entregue los marauedis del deposito, y asi ni la presentaciõ q̃ suena ser del dia catorze en esta Corte, en grado de apelacion, que es del auto en que se mandò hazer el deposito por cuenta y riesgo de Christoual Moreno, aunque estuuiesse proueyda, que no està, ni tampoco la apelacion interpuesta en Motril a la notificacion del auto del dia diez y ocho de Agosto, en que llanamente se concedio a Christoual Moreno lo que tenia pedido, mandandole entregar la cedula original con mandamiento para el depositario: nada de esto le puede aprouechar, quia renuntiantibus actiones (si quæ eis competant) nõ est vltra dandum regressus ad illas, l. 1. §. qui semel, de success. edict. l. postquam, C. de pact. l. quæritur, §. si venditor. ff. de ædilit. edict. l. nihil, ff. de inofficiosso testam. l. Prætor, ff de vacat. & excusat. muner. cap. in presentia, de renunt. cap. si quis Episcopus 92. dict. cap. quam sit periculosum 7. quæst. 1. cap. dudum 18. quæst. vlt. cap. ille 23. quæst. 4. est etiam text. in terminis legis cõmissoriæ, in l. post diem 7. ff. de lege commiss. ibi: *Post diem commissoriæ præstitum, si venditor pretium petat, legi commissoriæ renuntiatum videtur, neque variare, & ad hanc redire potest.*

19 ¶ Y por consiguiente tampoco pue-

de

de obrar la apelacion interpuesta de auersele concedido aquello mismo que tenia pedido, per text. in cap. cum inter R. 16. de elect. ibi: *Nos attendentes, quod ex consensu compositionis receptæ, ius (si quod sibi compiterat) R. senior. amisisset, appellationem illam diximus legitimam non fuisse*, notant ibidem communiter Doctores, & Ancharr. in cap per tuas, nu. 4. & 5. de locat. Dom. Salgad. de Reg. proct. part. 2. cap. 13. num. 218. & sequenti; Flaminius, de resign. lib. 1. quæst. 13. num. 20. & 21. Barboss. in collect. ad dictum cap. cum inter R. num. 3. Y se manifiesta mas de que la causa inmediata de la apelacion es la injusticia de el Iuez à quo, su injuria y grauamẽ, cap. suggestum in fin. cap. cum cessante, de appellat. Petrus Surd. cons. 102 num. 3. part. 1. y en este caso no se puede considerar injuria cõcediendose a Christoual Moreno lo mismo que pidio, y asi de el modo que el cuerpo sin alma remanece frio: asi tambien semejantes apelaciones carecen de todo somẽto del derecho, Bald. in cap. Pastoralis, column. 2. de offic. de legat. Rolandus à Valle, cons. 77. num. 21. volum. 2. tom. 1. Dom. Salgad. 3 part. cap. 6. numer 36. demas que no auiendose interpuesto apelacion en Motril si no es de el dicho auto de diez y ocho: y no estando tampoco proueyda la presentaciõ en esta Corte q̃ suena ser de el dia catorze: y siendo esta presentacion de auto de auerse mandado hazer el deposito, que no solo esta, pero aun el mismo deposito estaua consentido y pedido: y siendo asi tambien que la prouision compulsoria, dada en virtud de la dicha presentacion no proueyda, tiene su fecha de el dia diez y nueue de Agosto; todo este pleyto viene a cõsistir sobre autos passados, en autoridad de cosa juzgada.

20. ¶ Y no se ustifica la apelacion del dicho auto de diez y ocho con el color que le quiso dar Christoual Moreno, diziendo que no se le dio el dinero quando el lo pidio, y que asi apelaua de mandarsele entregar estõces, y porque a esto se satisfaze

tisfaze concluyentemente, con que a la peticion de Christoual Moreno del dia onze de Agosto no se proueyò auto de denegacion del entrego de los marauedis del deposito, si no tan solamente se mãdò cumpliesse el susodicho con el entrego de los titulos que le estaua mandado, y que fecho se lleuassen los autos para proueer justicia, y assi supuesto su allanamiento, pues no se podia quedar con el dinero que pedia, y con las tierras, deuiera cumplir de su parte cõ entregar luego los titulos, y pedir se proueyesse sobre el entrego del deposito, y si estonces huuiesse omision, o denegacion, parece que podia tener algun color la apelacion: pero en dilacion que se causò por no cumplir Christoual Moreno vna cosa que tan deuidamẽte tenia obligacion de hazer, y que no podia tener razon de escusa: no puede atribuyr la dilacion del entrego, si no a su misma negligencia y omision: demas que tambien el dia diez y seys siguiẽte se proueyò auto para que entregando Christoual Moreno los titulos, se le diesse la cedula de deposito con mandamiento: y si no quiso hazer lo que no podia repugnar mediante su pedimiento, y allanamiento de si solo, se deuiera quexar, quando alguna razon de quexa pudiesse auer: y el auerse proueydo despues el dia diez y ocho, que se le diesse la cedula original del deposito con mandamiento llanamente, y sin condicion de que deuiesse preceder entrego de titulos, fue para mas conuencer a Christoual Moreno, y quitar achaques, mas no porque se necessitasse dello, pues la condicion y calidad primera fue potestatiua, y esta no se tiene por propia condicion que suspenda el acto, ni le dilate: vt in terminis depositi docet Marescot. variar. lib. 1. cap. 7. num. 6. donde dize, que si la tal condiciõ no se cumple por el acreedor, y por ello dexa de entregarse en el deposito, que esto ha de correr por su cuenta y riesgo, y no por la del deudor, docet Carroc. de deposit. 2. part. quæst. 5. num. 4. Hermosilla, in addit. ad gloss. 4. l. 2. tit. 3.

part. 5.

part. 5. num. 49. ibi: *Si factum sit depositum per debitorem conditione potestatiuar, respectu creditoris periculũ depositi pertinet ad creditorem, l. qui decem, cum ibi notatis per Bart. & Paulus, num. 3. ff. de solut. Cagnolus, in l. 2. num. 111. C. de pact. inter emptor. & venditorem.*

21 ¶ Et facit, quod idem Hermosill. vbi proximè, num. 45. resoluit, diziendo se puede hazer el deposito en caso de redencion de censos, cõ calidad, que al acreedor no se aya de entregar el dinero, si no es otorgando escritura de redencion, o si se pone otra qualquier condicion, *ad quam iure cogi debeat ex contractus natura*, para lo qual remisiue cita este Doctor mas de otros treynta Doctores q̃ antes dexaua citados en el num. 44 quos breuitatis causa omito: pues siendo esto assi, de quien se puede quexar Christoual Moreno en la dilacion, si no de si mismo, que no quiso cumplir lo que no podia escusar: y para apoyo y justificacion de lo proueydo por la justicia de Motril, en razon de el entrego de estos titulos, basta y sobra el entender que auiendo pedido soltura en la Sala Christoual Moreno, el auersela concedido, fue debaxo de la misma condicion del entrego dellos.

22 ¶ Otro defecto se opone a el deposito, que es en el que mas se insiste de contrario, y el que parece tiene mas facil expediciõ: dizese pues que en el tiempo de el ofrecimiento y deposito fecho por don Ioseph estaua rumorada la moneda, y que su diminucion y baxa era notoria, y que poco despues se publicò la pregmatica de la baxa, y que assi no se entiende ser el deposito en moneda corriente, como deue ser, l. elegãter, §. qui reprobos, ff de act Neuiz. cõs. 49. Tiraq. de retract. consang. §. 1. gloss. 20. n. 11. Carroc. de deposito, 2. part. quæst. 5. n. 5. Menoch. de arbitr. casu 232. n. 26. Gratian discept. forẽs. tom. 2. cap. 260. n. 19. Anton. de Amat. in rep legis si emancipati, C. de collat. responso 15. num. 408. Giurba, decis. 87. nu. 17. Pero a esto se satisfaze multipliciter. Lo

prime

primero, con que el general rumor tampoco la parte contraria le pudo ignorar, y sin embargo pidio se le entregassen los marauedis del deposito, y assi le obsta su consentimiento, ex supr. dictis, nu. 1. pues todos los Doctores referidos lo que dan a el rumor en la diminucion de la moneda, caso negado que la de este negocio tuuiesse la proximidad en que ellos hablan es, que el acreedor iuste posit recusare el recibir la paga, quod & docuit, Mantica, de tacit. & ambiguis, lib. 10. tit. 5. nu. 16. Trētacinq. variar. dict. lib. 3. resolut. 22. vers. *Octauo requiritur*: pero si Christoual Moreno con las mismas noticias generales pide judicialmente el deposito, ya quedò por el la diminucion, y en este caso no hablan los Doctores, porque todo su fundamento consiste en que el deudor tuuiesse noticia de la baxa, proximè fienda, y la ignorasse el acreedor, iuxta argum. legis si vinus, ff. de periculo, & cōmodo rei vēdit. ibi: *Planè si cum intelligeret venditor bonitatē non duraturam, vsque in eum diē quo tolli deberēt, non admonuit emptorem, teneuitur ei quatenus eius interesset, nō admonitum fuisse*. Y en este caso no pudo Christoual Moreno pretender ignorancia de lo que tan en boca de todo el Reyno andaua, vt elegāter in terminis cōsideràuit Hermosill. in addit. ad dict. gloss. 4. l. 2. tit. 3. part. 5. numer. 68. ibi: *Ad quam quæstionem responde, quod si creditor verosimiliter scire potuit promulgādam esse reformationem cū rumor propalaretur inter omnes, tunc sibi debet imputare ex eo, quod aceptasset*.

23 ¶ Lo segundo, quando lo susodicho lugar no huuiesse se deue considerar el largo tiempo que passò desde el dia ocho de Agosto en que se hizo el ofrecimiento, y el dia siguiēte nueue en que toda la cantidad quedò depositada, hasta el dia diez y seys de Setiembre, en que se publicò la pregmatica de su Magestad, que aun en Motril fue dos dias despues, que vinieron a ser algunos treynta y siete, o treynta y ocho dias de intermedio: y en tales casos se limitan todas las reglas referidas,

feridas,

feridas, vt docet Marsil. in Rubr. de fideicomm. à num. 68. Arias Pinel. in l. 2. part. 3. cap. 2. num. 22. C. de resc. vendition. ibi: *Qua in re non inepte Hippolytus hoc intelligit quando publicanda est constitutio intra breue spatium, tunc enim versatur fraus non ita in constitutionibus longius deferendis, quia tunc poterit emptor interim distrahere, & sibi cauere*: Menoch. cōs. 952. à num. 22. cum seqq. Carroc. decis. 63. num. 11. ibi: *In constitutione de breui promulganda secus si in longiori tempore, quia tun licita est depositio*.

24 ¶ Y finalmente estando como estamos en lo dispuesto por la pregmatica de su Magestad, que expressamente con las noticias de las que en todos sus Reynos auia, da por buenas las pagas fechas dentro de los dos dias antes de el de la publicacion: y siendo como fue esta no dos dias antes, si no mas de treynta y seys, y que en esta cōformidad se han dado por legitimas, aun las pagas y depositos fechos a Obras pias, Conuentos, y Iglesias el dia treze de Setiembre, nose como se quiera pretender por Christoual Moreno, que no sea legitimo este deposito, quādo a el rumor y frau de general que se puede cōsiderar, se perdonò por su Magesta, dpor euitar mayores inconuenientes y pleytos, vt velsic parcatur, multitudini ex text. in cap. cōstitueretur 50. distint. cap. ordinationes, c. ipsa pietas, cap. nō potest, c. quisque 23. quæst. 4. text. optimus in cap. quoties à populis 1. quæst. 7. ibi: *Quoties à populis aut a turba peccatur, quia omnes propter multitudinem non potest vindicari, in vltum solet transire*: de lo qual di mano aquel verso, *ob populum multum crimen per transit in vltu*: cum alijs congestis à Baeza de inope deuitore, cap. 13. num. 11. sin que a esto pueda impedir que don Ioseph huuiesse tomado el dinero de don Iuan de Franquis, o de otra qualquier persona, pues vsando don Ioseph de su derecho, y buscando su remedio confor me a el para libertar, y redimir sus tierras: no se puede considerar injuria ni fraude, vt per se patet.

25 ¶ Quibus iam huc vsque longe repe-

F titis,

titis, de que don Ioseph *intra statuta tempora pretiũ obtulisset, & depossuisset forma legitima*, parece que naturali pondere, & propia (vt inquiunt) sponte, sale la consequencia de que Christoual Moreno aya de ser condenado a la restitucion de estas tierras, iuxta verba text. in dict. l. 2. C. de pactis inter emptorem, ibi: *Vt contractus fides seruetur actio tibi dabitur*, porque pagado el precio, statim ipso iure, ex dictis supra num. 4. sin nueua tradicion se transfiere el dominio en el retrouendedor, lo qual no solo procede en el pacto de la ley commissoria, & addictionis in diem, de que hablamos, pero tambien en el pacto de retrouendendo, verbis directis concepto, iuxta Paulum de Castro, in l. si cum venderet, num. 6. de pignorat. act. Trentacinq. variar. lib 3. resolut. 10. tit. de empt. & vendit. num. 17. vers. *Secunda*, Dom. Præs. Couarr. dict. cap. 8. num. 3. vers. *Cæterum*, Alciat. respons. 125. in fin. Boerio, decis. 351. n. 6. Parlador. in §. ex qui cẽt. differetia 36. num. 12. vbi hanc magis communẽ dicit, & in iudicando obseruasse: plures congerit Mantica, de tacitis conuent. lib. 4. tit. 32. à num. 44. sex. fundamẽta adducit, Giurb. decis. 93. quæ resolutio est de distintione, & cõfederatione facta, inter Doctores, per Hermosill in addit. ad gloss. 7. & 8. dict. l. 42. num. 4. cum pluribus ab eo relatis, vt est per eum videre.

26 ¶ Y si iuxta ea quæ mas no DD. cœtu supra n. 10. & 11. tradi dimus (aun siguiendo la opiniõ mas venigna a Christoual Moreno) es cierto que si la redencion se haze pendiente el fruto, se han de diuidir los frutos entre el retrouendedor y comprador, pro rata temporis possessionis que cada qual tuuo, el comprador ante diem solutionis, seu depositionis pretij, y el retrouendedor post solutionem seu depositum: ex argumẽto formæ tradite, in dict. l. de diuisione, & l. diuortio, ff. solut. matr. vt etiam in terminis fundi, qui vienio tantum fructificat resoluit Cancer. var. dict. cap. 13. de empt. & vendit. num. 60, vers. *Vtque prædicta*,

prædicta, ibi: *Habendã esse cõsideratione fructuum diuidẽdorum nam si non colligantur nisi semel bienio totum bieniũ pro vno computatur.* Et ibi: *Duodecim partes fiunt, & tibi, quia possedisti per octo menses dabuntur octo partes, & relique quatuor mihi*, Hermosilla, dict. gloss. 9. & 10. l. 42. tit. 5. part. 5. n. 9. ibi: *Si fructus producat singulo vienio tot partes erunt faciende, quot sunt menses, & tot sunt dande emptori, quot menses possedit, & reliqua reddimenti*, referente alios in materia Peregr. de fideicommis. art. 49. num. 98. & 99. Caual. de vsufr. mulieri relicto, num. 245. Stephan. Pacific. de saluiano inter dict. inspect. 4. cap. 1. à n. 160. Siendo pues lo referido verdad indubitable entre los Doctores, y que don Ioseph hizo su deposito en nueue de Agosto: no puede ser dudable que para el computo de su possession hasta el corte de aquel fruto, cuya comun cosecha es de Março a Março, tuuo de possession mas de seys meses y medio, que se le deuieran pro ratear de diuision, y parte de fruto, que en esta instancia tiene pedido: y si se quisiesse atender a que ante el inferior pidio se le pagasse la renta de estas tierras desde el dia del deposito: parece cosa segura en derecho q̃ aya de ser condenado a la paga de la dicha renta, hasta el dia del corte de la caña, pro modo suæ possessionis: ademas de la restitucion de las tierras.

Articulo Segundo.

27 ¶ Dos pretensiones tiene Christoual Moreno para en caso que se declare por legitimo el deposito, y sea condenado en la restitucion de las tierras, sobre que se litiga. La primera es, que a esta haza le ha dado mas valor el tiempo, lo que và de treynta y seys ducados a quarẽta por cada marjal, que dizen valer de presente. Y la segunda, que ha hecho mejoros en la possession en mas cantidad de dozientos ducados que en ella ha gastado, y que assi se le deuen satisfazer estas cantida

des.

des. Y en este articulo dize don Ioseph que el tiẽpo no ha dado valor alguno a las tierras, ni tienen mas mejoramientos, ni mas valor por esta causa, que el q̃ se tenian al tiempo de la venta, y que todauia, caso negado que concurriesse lo vno y lo otro no tendria obligacion de satisfazer cosa alguna.

28 ¶ En quanto al primero punto, que es el mas valor del tiempo, se deue considerar, que no tiene fundamento en derecho la pretension de Christoual Moreno, porque la condicion de la escritura se deue cumplir como suena, que es que restituydo el precio se huuiessen de boluer las tierras: y de lo mismo q̃ en el caso de la euiccion se paccionò en la dicha escritura, de que si sanear no pudiesse las tierras don Ioseph, pagaria a Christoual Moreno el precio con mas el mas valor que el tiẽpo le huuiesse dado: se deduze que no fue intenciõ de los contrayentes, que en el caso de redencion se huuiesse de pagar el mas valor de el tiempo: ni juzgo que en estos terminos aurà sana doctrina q̃ en derecho ajuste tal obligacion. Y aunque en terminos no muy diuersos a el de este pleyto, q̃ es en caso que per alubionem aliqua portio fundo acresceret, dicen Fachin. controuers. iur. lib. 2. cap. 6. & Thesaur. decis. 140. & Menoch. cons. 606. num. 15. & 16. que la porcion que assi acrescecede en vtil del retroemptor, Anton Faber. de error. pragm. decade 25. errore 5. todauia lo mas cierto y seguro es, que todo esto pertenece al retrouendedor, y està sugeto a la restitucion, junto con lo principal, vt protuto defendunt optimis rationibus Giurba, decis. 92. num. 12. qui, & alios refert, & præter eos comprobat Carpan. ad statut. Mediol. 417. num. 90. Sesse, decis. 63. num. 29. ex argum. legis inter socerum 25. §. cum inter, ff. de pact. dotal. ibi: *Nec separauitur portio dotis, aditamenti causa data*, Tiraquel. in l. si vnquam, verbo, *donatione lagitus*, numer. 281. & de retractu conuent. ad fin. tituli, num. 106. Y aunque en esta cõtrouer-

trouersia estuuiessemos a la cōcordia que trae Hermosilla, dict. gloss. 9. & 10. l. 42. tit. 5. part. 5. n. 17. vers. *Sed in præsenti*, diziendo, que esta vltima conclusion tiene su lugar quando la venta tuuo alguna cōdiciō suspensiua, ibi: *Nisi venditio sit cōditionalis, conditione suspensiua*, hallaremos q̄ aun esta limitaciō es propia deste caso, porq̄ el pacto fue, q̄ entregādole dētro de diez años el precio a Christoual Moreno, auia de tenerse por no fecha la venta: y que passados los dichos diez años sin dar el dicho precio, auia de quedar pura y perfeta: luego la purificacion y perfeccion de la dicha venta cōsistia, ex futuro & ventu del transcurso deste tiempo, y por cōsiguiēte està por don Ioseph, no solo el numero de Doctores referido, pero tambien la concordia que Hermosilla quiere que aya entre vna y otra opinion.

29 ¶ Demas que en qualquiera acontecimiento falta en este caso la prouança, que es lo sustancial, porque si bien Christoual Moreno en la tercera pregunta de su interrogatorio articula que el precio que pagò por las dichas tierras que fue a treynta y seys ducados por marjal, era el *justo* valor que merecia al tiempo de la venta, de ningun modo se hallarà testigo que la concluya, ni diga en ella, excepto Martin Gonçalez, que dize valia cada marjal a treynta y quatro ducados, y contra esto tiene esta parte cinco testigos contestes que dizē assertiuamente, que al tiempo de la venta valia cada marjal a quarenta ducados, que es lo que aora de cōtrario se quiere atribuyr al tiempo, y otros tres, que son, Iuā Gonçalez, Alonso Aluarez, y Domingo Espinel, deponen que valia cada marjal por quarenta y quatro ducados al tiempo de la venta, y todos ellos van en que el auer vendidole en tā baxo precio las dichas tierras seria por adeudar menos, con la esperança que tenia de bolverlas en si, porque su valor era mayor que el de los dichos treynta y seys ducados: y lo natural y verosimil es lo que estos testigos deponen, porque

siempre con tales pactos y cōdiciones se vendē las cosas en menos de su justo valor, respecto de q̄ aun el mismo pacto de retrouēdēdo se tiene por parte de precio, ex l. fūdi partē 79. ff. de cōtrah. ēpt. ibi: *Ideò villius fundū vēdidisti, vt hæc tibi cōditio præstaretur, nā & hoc ipsum pretium fundi videtur*, id quod per eundem text. notat in terminis Vicenc. de Frāquis, decis. 95. num. 3. ibi: *Quia pactum de retrouendendo pars pretij est, l. fundi partem, ff. de contrah. empt. & videmus indistinte quando res cum pacto de retrouendendo venduntur, minori pretio vendi*, est etiam ad hoc optimus text. in l. si venditor, §. si quid emptor. in fin. ff. de seruis exportondis, ibi: *Quoniam hoc ipso minoris homo videatur venisse*, ex quo Bald. notat rem venditam cum aliquo pacto, minoris valere, quam libere vēditam, & licet pro hoc alleget text. in l. hæreditatis venditæ 22. ff. de hæredit. vel act. vendit. existimo voluisse allegare, l. hæreditatem 24. eodem, ibi: *Quia ideò minus hæreditas venierit*, text. est etiam, in l. 1. §. si hæres percepto, ff. ad Trebel. l. idem labeo, §. vlt. & leg. sequent. ff. famil. erciscund.

30 ¶ Resta pues aora tratar de los mejoramientos que Christoual Moreno pretende auer hecho en mas cantidad de 200. ducados, y que estos tiene oy la haza de mas valor, mediante los gastos que ha hecho en romper y desmontar tierra vnutil, çarçales, y carriços que auia, y assimismo en echar vna cerca a la dicha haza: y para fundar en derecho su intencion se podrà valer de la l. Imperator, ff. de in diem adictione, & de leg. intra vtile, §. vendētibus, ff. de minor. l. emptor, ff. de reiuendic. & ex doctrina Bald. cons. 167. lib. 1. Natta 256. & 261. cum allijs Doctoribus citatis à Cancerio. variar. resolut. dict. 1 part. cap. 13. de empt. & vendit. num. 105. Y a ser necessarios los dichos pretensos gastos, caso que se prouassen, no tendriamos controuersia, porque en ellos hablan indistintamente los Doctores: pero como estos no se verifican si no es en caso que a no hazerse seria preciso parecer, o deteriorarse la cosa

vendida,

vendida, ex l. impensæ 79. de verbor. signific. ibi: *Quæ si factæ non sint res aut peritura, aut deterior futura sit*, & ex l. 1. §. fin. cum l. seqq. & l. impensæ, ff. de impensis in rebus dotalibus fact. & ex l. 10. tit. 32. part. 5. Se quieren reduzir estas expensas a mejoramientos que tienen perpetua vtilidad, y causa perpetua. Y en quanto a las tapias de ningun modo se articulò de contrario, ni el valor que al presente tienen, ni lo que en sus principios costaron, sino tan solamente, que assi en estas, como en el pretenso desmonte, y rompimiento se gastaron mas de 200. ducados, y que estos tiene oy de mas valor la haza, queriendo con esta confusion hazer de partes distintas y separadas vn compuesto mas rumboso que pudiesse acreditar lo q̃ por partes no tiene sustancia.

31 ¶ La prouança contraria se reduze a seys testigos, de los quales el primero y vltimo no dizen cantidad liquida, si bien el primero dize que el, con otra gente que lleuò el capataz de Christoual Moreno, anduuieron dos dias desmontando las orillas de el azequia, que tenian muchos çarçales y carrizos, y que toda la tierra que se pudo aprouechar se aprouechò, y metio enla haza, y se plantò de cañas, y que por la parte de arriba de el azequia echò vna cerca de tapia y media de tierra muerta, y que no sabe liquidar lo que se pudo gastar en ella, ni en quitar los dichos çarçales. Y en quanto a la labor y cerca conuienẽ los quatro testigos restantes, y se adelantan a dezir, que les parece se gastarian en lo vno y lo otro los dozientos ducados de la pregunta, sin ajustar el costo de el rompimiento de la tierra inutil y çarçales que se pretẽde: y si algunos de los quatro testigos referidos se alargan a indiuiduar algo, dello mismo se reconoce el conuencimiento de Christoual Moreno y su pretension, porque ya el primero testigo dexa dicho, que en el pretenso rompimiento y desmonte se gastaron dos dias; a lo qual el segundo testigo, que es Alonso de Arroyo, añade, que

la

la gente de labor destos dos dias fueron diez, o doze personas, que ganarõ a siete reales de jornal, y assi este, como Martin Gonçalez, que es el testigo siguiente, dizen les parece se aprouecharia vn marjal de tierra: y Sebastian Gimenez dize, vsando de diminutiuo, se metieron vnos pedazillos de tierra, de que ajusta don Ioseph que de principios tan cortos, y de tan poca sustancia, no se puede sacar, ni darse credito a consequencia tan subida de punto, como es el valor de dozientos ducados que quieren dar a los gastos: porque si Christoual Moreno comprò a treynta y seys ducados cada marjal, como se pueden alargar los testigos, sin atribuyrseles a arrojamiento, ni pretenderse de contrario que este marjal cause dozientos ducados de mejora, y mas quando el suelo de este marjal no se puede, ni deue computar en precio de mejora, siẽdo como es tierra propia de la venta, absit de hac re apertissima dubitare, quando sus mismos testigos en la razon que dan van en lo contrario: y solo vno dellos le estuuiera impediendo por dezir in effectu contra producentem: vt docet Romanus, cons. 104. num. 6. Paulus Paris. cons. 50. num. 60. volum. 1. Tobias Nonius, cons. 24. num. 24. & 25. Aimon, de antiquitate, 1. part. §. quæritur etiam, num. 13. Marcus Anton. Cardoso, in praxi, liter. T. verb. *testes*, numer. 56. Azeuedo, l. 1. tit. 8 libr. 4. Recopil. num. 20. Zeuallos, quæst. 696. Dom. Perez de Lara, lib. 2. de anniuersar. & Capell. cap. 4. num. 63.

32 ¶ Præterquam quod, caso negado q̃ algunos gastos huuiesse hecho Christoual Moreno en desmontar alguna tierra, y por esta causa tuuiesse mas valor, todauia parece no caian en restitucion, ni derecho de retencion, porque estas tierras, ni parte alguna de las que pudiessen ser de fruto y prouecho no las comprò para tenerlas valdias, si no para coger fruto en ellas, vt per se patet, y assi los gastos que con esta mira se hazen, se entienden prouenir quasi ex sequella legitima con-

tractus,

tractus, y se deuen compensar con el fruto que dà lo desmontado, vt eleganter considerauit in terminis, Anton. de Fano, de pignoribus, & hypothec. 5. part. menbro 4. num. 11. quod, & per text. in dict. l. diuortio, §. impēdia, ff. solut. matrim. & ex argum. legis item si fundi, ibi: *Posse eum cogi colere*, ff. de vsufruct. & ex l. suo sumptu de operis libertor. & ex alijs iuribus, & argumentis intrepide defendit Paul. de Castr. cons. 170. incipit visso pūcto supra scripto, nu. 3. vers. *Tertio principaliter*, volum. 2. ibi: *Dico primo, quod expensæ factæ in deboscatione non sunt restituēdæ, quia illæ pertineuant ad culturam fundorum, quæ consistit in arando, & serendo; deboscatio vero præambula est ad prædicta, cū fieri nō possint sine ea, & sic idem iuris debet esse de ipsa, quam de expensa facta in arando, argumento legis ad rem mouilem, & legis ad legatum, ff de procuratoribus*. Principalmente quando lo nueuamente desmontado, si tiene mas trabajo y gasto que la labor y beneficio comun de las tierras ya rompidas, por esso rinde tambien esta nueua tierra mas fruto que la tierra cansada conque se pueda compensar aquel gasto mayor, vt optime filosophauit, Paul. de Castro, vbi proximè, ibi: *Item terra noniter deboscata si aretur, & seratur, reddit induplo, vel intriplo plusquam solita seminari; compenset ergo* (inquit) *dictam impensam factam in deboscatione, cum pinguedine terræ, & duplicatione seu triplicatione redditum*: ad quod expendit text. in l. 1. §. fin. vers. *Sicut enim*, ff. de aqua plub. arc. ibi: *Sicut enim omnis pinguedo terre ad eum decurrit ita, & aquæ incommodum arcere, ad eum defluere*, text. in l. si merces 28. §. *si vis maior*, ff. locat. ibi: *Alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus cui immodicum lucrum, non aufertur*. Y esto es à lo que mira lo que tiene articulado don Ioseph, y tan prouado con todos sus testigos en la quarta pregunta de su interrogatorio; de que es costumbre obseruada y guardada en la dicha villa, que quando se dā en arrendamiento tierras inutiles para romper y desmontar, la mayor conueniencia que se haze a

los arrendadores en pago de su trabajo, es darles de valde las tierras por dos años, pagandolos en adelante su arrendamiento, respecto de ser como es el fruto de las cañas dulces de mucha fecundidad entre los demas frutos, y siendo como es cierto que Christoual Moreno ha cogido el fruto desde el año de treynta y seys a esta parte, sobrado tiempo ha tenido para compensar el cost o extraordinario de vn marjal, caso negado que esto fuesse cierto.

33 ¶ Y en este caso estan bien de considerar que para quatro testigos que tiene Christoual Moreno q̃ liquidã los llamados mejoramientos, tiene don Ioseph Prouaça mas fuerte de ocho testigos que todos ellos assertiuamente deponen en la segunda pregunta de su interrogatorio, que vieron la haza al tiempo de la venta, y antes y despues, y la ven cada dia como trabajadores de el campo, y que no tiene oy mas mejoramientos, ni mas valor del que se tenia. Y en la tercera pregunta cõcluyen tambiẽ todos, nemine dempto, q̃ estas tierras no han permitido ensanche alguno, sino es que se quisiesse cauar en vna peña viua que tiene en medio, porque toda la haza està cercada por vna parte de la azequia, y por las demas partes de otras tierras, y que toda la haza hasta sus linderos estaua rompida, y puesta de zoca quando Christoual Moreno entrò en ella, y que toda quãta tierra era possible aprouechar, la tenia aprouechada Agustin Moreno, ya difunto, hijo de Christoual Moreno, arrendatario que era, y auia sido años antes de la venta. Y siendo mayor el numero de los testigos de don Ioseph, y que deponen con razones concluyentes afirmatiuas, & sensu perceptibiles, como es auer visto la haza antes, y despues de la venta, y al tiempo della, y al presente, como hombres que de contino andan en el cãpo hazen tanta fee como los que deponen de afirmatiua, porque la negatiua de que no tiene mejoramientos, ni mas labores que los que se tenia

esta

esta haza, es de las negatiuas que se resueluen en afirmatiua, mediante las razones de sus dichos, vt recte resoluunt Alexand. cons. 64. libr. 2. Alciato, in l. 1. §. si stipulati, n. 40. ff. de verbor. obligat. Arias Pinelus, in l. 2. C. de rescind. vendit. 3. part. cap. 4. & fin. num. 14. non obstante glossatore, in l. diem pro ferre, §. si plures, ff. de arbitr. cũ similibus, quia debet intelligi in negatiua baga, quæ per rationem non posset à teste comprehendi, vt per Ripam, in cap. cum Ecclesia Subtrina, nu. 89. de causa posses. & prop. Curt. senior, cons. 24. num. 3. & cons. 70. num. 8.

34 ¶ Demas, que siendo mayor en numero la prouança de don Ioseph, y mas concluyente en razon de que oy no tiene mas valor la haza del que se tenia al tiempo de la venta, esto le basta a dõ Ioseph para no tener obligacion de satisfazer cosa alguna, porque en esta materia de mejoras no se atiende a los gastos, si no a el mayor valor que por ellos acresce a la heredad, l. sumptus, ff. de reiuendicat. illic. *Meliore prædio facto*, l. in fundo eod. illic. *Dumtaxat quo prætiosior factus est, & plus pretij fundo accesit*, Felin. in cap. cum causam de re iud. num. 28 Paulus de Castro, cons. 270. lib. 3. Curt. iunior, cons. 144. Roland. à Valle, cons. 28. num. 14. & 28. Bursato. cons. 151. num. 140. volum. 2. Capitius, decis. 93. num. 9. Caualcano, decis. 28. nu. 4. Anton. de Fano. de pignor. & hypoth. 5. part. membro 4. num. 2. Roduano, de reb. Ecclesiæ non alien. §. item aduerte, num. 19. & §. conductores, num. 3. Ioan. Garcia, de expensis, & meliorationi. cap. 14. num. 13. ibi: *Itaque si plurimum expendat, & parum vtilitatis permaneat, illud parum debetur*: versa vice ad melioramenta: quæ si magna, sint parum vero fuerit expensum, tantum ad expensas erit habẽdus respectus, Ioan. Garcia, dict. tractat. de expens. & meliorat. cap. 23. num. 2. illic. *Itaque si expensas fecero, nihil vero melioraüero, nihil debetur*. Et paulò inferius: *Sed si expendero centum, & fundum inducentis fecerim meliorem, centum dumtaxat debentur*.

Y en

35 ¶ Y en quanto a las tapias todos los ocho testigos de don Ioseph van assertiuamente en que aquellas tierras valen y rentan lo mismo sin tapias que con ellas, con que vendremos a estar en la resolucion referida, de que *si expensas fecero, nihil vero meliorauero, nihil debetur*, y lo que parece de ambas prouanças es, que solo se echò vn pedaço de cerca de tierra muerta, y piedras por la parte de el azequia, de modo que no es cerca entera: y de la prouança de don Ioseph consta, sin auer prouança en contrario, que con las plubias estan mal tratadas, y testigos que dizen estar començadas a caer, y todos que serà necessario repararlas, y que antes con estas tapias se le siguiò daño a don Ioseph, porque le quitaron los çarçales y carriços que seruian de resguardo a la haza, y tenian mas perpetua causa que las tapias: y que antes Christoual Moreno ahorrò muchos dineros cō estas tapias, porque en los años que ha posseydo estas tierras auia de auer gastado mucho mas en echar çarues cada año, como los echā todos los demas en sus hazas: con q̄ no se puedē considerar mejoramientos que caygan en restitucion, ex dictis supra num. 32. ni por tales q̄ tengan perpetua vtilidad para que Christoual Moreno se pueda valer de lo dispuesto en la ley Imperator, ff. de in diem adiect. & l. intra vtile, §. vendentibus, ff. de minor. & text. in l. emptor, ff. de reiuendicat. mayormente quando estos textos hablan en mejoramientos necessarios. Y aunque van los Doctores en que tambien se deuen los vtiles q̄ tienen perpetua causa (caso que estos lo fueran, y la tuuieran) es con calidad de que no sean onerosos al vendedor, porque estos no se deuen, l. sed an vltro, 10. §. 1. ff. de negot gest. illic. *Non semper debere dari: quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquit? vel quam sibi necessariam, non putauit? onerauit* (inquit) *dominum secundum labeonis sententiā*, docent in terminis Cancer. variar. resolut. 1. part. cap. 13. num. 150. vers. *Ego censeo*, Paul. de Castro, cons. 426. n. 2. circa fin. volum. 1.

Hermo-

Hermosilla, in addit. ad gloss 9. & 10. l. 42. tit. 5. part. 5 num. 10. y dan la razon, porque teniendo como tiene el cõprador su dominio qualificado y sugeto a restitucion, no ay razon porque aya de hazer gastos grauosos al vendedor, o tales que no le sean necessarios, a exemplo del heredero fideicomissario, que en las cosas sugetas a restitucion no repite tales gastos y mejoramientos, ex Boer. decis. 47. num. 10. Bald. cons. 303. libr. 1. & cons. 372. libr. 3. Tiraquell. de retractu conuent. §. 7. gloss. 1. num. 5. & 6. fuesse Menoch. in addit. ad casum 258. de arbitr. numer. 77. cum seqq. idem Menoch. cons. 689. lib. 7.

36 ¶ Ex quibus parece quedã ajustados los dos articulos de la proposicion fecha para este pleyto, y por consiguiente auerse de declarar correr el perjuyzio de la baxa de la moneda por cuenta y riesgo de Christoual Moreno, condenandole en la restitucion de las tierras con la mitad de el fruto q̃ estaua pendiente al tiempo del deposito, o a lo menos en la renta hasta que se alçò y cogiò, declarando no deuer satisfazer don Ioseph cosa alguna en quanto a el mas valor que se pretende de contrario auer dado el tiempo a las dichas tierras, ni en quãto a los mejoramientos y gastos que en ellas dize auer fecho Christoual Moreno. Y assi esperamos se ha de determinar. Salva D. S. C. Granada diez y ocho de Agosto de 1643. años.

Lic. D. Iuan Ortiz de Zarate.